



TRABAJO DE FIN DE GRADO

LA INICIATIVA PROBATORIA DEL JUEZ

EN EL PROCESO CIVIL

Autora: Helena Ribera Juanpere
Trabajo de Fin de Grado
Curso: 4rto del Grado en Derecho
Tutor: Doctor Manuel Jesús Cachón Cadenas
Fecha de entrega: 14 de mayo de 2018

ÍNDICE

| | |
|--|---------|
| 1. Introducción | pág. 4 |
| 2. La Carga de la prueba en el Derecho Procesal Civil | pág. 5 |
| 3. Análisis del artículo 429.1 II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil | pág. 8 |
| 3.1. Precedentes legislativos y desarrollo parlamentario..... | pág. 9 |
| 3.2. Ámbito de aplicación..... | pág. 10 |
| 3.2.1. Adecuación del momento procesal | |
| 3.2.2. Advertencia de insuficiencia probatoria y proposición de prueba | |
| 3.2.3. Presupuestos y límite de la facultad probatoria | |
| 3.2.4. Actuación de las partes | |
| 3.2.5. Práctica de la prueba de oficio | |
| 4. Conjugación del artículo 429.1 II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil | pág. 16 |
| 4.1. Límites constitucionales | pág. 16 |
| 4.2. Principio dispositivo | pág. 17 |
| 4.3. Principio de aportación de parte | pág. 18 |
| 5. Análisis del artículo 435.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil | pág. 20 |
| 5.1. Configuración legal | pág. 20 |
| 5.2. Crítica doctrinal | pág. 22 |
| 5.3. Ámbito de aplicación y límites | pág. 24 |
| 5.3.1. Juicios especiales no dispositivos | |
| 6. Análisis jurisprudencial sobre la iniciativa probatoria del juez..... | pág. 28 |
| 6.1. SAP Murcia (Sección 5ª) núm. 402/2007 de 27 de diciembre | pág. 28 |
| 6.2. SAP Castellón (Sección 3ª) núm. 134/2011 de 18 de abril | pág. 30 |
| 6.3. SAP Málaga (Sección 4ª) núm. 540/2013 de 23 de octubre..... | pág. 31 |
| 6.4. SAP Valencia (Sección 9ª) núm. 378/2004 de 14 de junio | pág. 33 |
| 7. Resolución de un caso práctico..... | pág. 34 |
| 8. Conclusiones..... | pág. 39 |
| 9. Bibliografía | pág. 41 |
| 10. Resoluciones judiciales analizadas..... | pág. 43 |

ABREVIATURAS

- ❖ Art[s].: Artículo[s].
- ❖ AAVV: Autores varios.
- ❖ CE: Constitución Española.
- ❖ CGPJ: Consejo General del Poder Judicial
- ❖ Cit.: Citado.
- ❖ Coord[s].: Coordinador [es]
- ❖ Dir.: Dirección
- ❖ Ed[s].: Edición/Editorial/Editor[s], según el contexto.
- ❖ LC: Ley Concursal
- ❖ LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- ❖ P[p].: Página[s].
- ❖ S[s].: Siguierte[s].
- ❖ SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial
- ❖ Trad[s].: Traductor[s].
- ❖ Vol[s]./vol[s].: Volumen[s].

RESUMEN

La carga de la prueba, el procedimiento para su práctica y sus cuestiones más discutidas en el proceso civil español es un tema merecedor de estudio. La iniciativa probatoria *ex officio iudicis* del artículo 429.1 LEC es objeto de discusión doctrinal y jurisprudencial, y aun existiendo una opinión mayoritaria, son muchos los criterios que se utilizan para su práctica judicial. Asimismo, resulta complejo coordinar y conjugar su aplicación con los principios inspiradores de la LEC teniendo en cuenta que no deja de ser una “excepción” oportunamente controlada respecto de éstos. Aunque de un modo más sutil y menos controvertido, también es destacable la iniciativa probatoria del juez en las diligencias finales ya que una vez más, ha forzado una división en la doctrina. Finalmente, se encuentran las resoluciones judiciales, cuyas directrices son también discutidas por las partes, acabando la mayoría de resoluciones en recursos de apelación en las audiencias provinciales.

PALABRAS CLAVE

Carga de la prueba – Diligencias finales – Iniciativa probatoria de oficio – Ley de Enjuiciamiento Civil – Principio dispositivo – Principio de aportación de parte.

1. Introducción

El derecho procesal civil siempre ha estado “en el ojo del huracán”, intentando mantenerse en una aparente estabilidad pese a las múltiples problemáticas que surgían a medida que se iba desarrollando su práctica. Los jueces, encargados de fijar la correcta dirección del proceso, en ocasiones, también se ven envueltos en críticas sobre su actuación en lo que respecta a los derechos constitucionales y a los principios inspiradores del derecho procesal civil.

La reciente creación de la iniciativa probatoria y las obligaciones que se le imponen al juez ha sido objeto de numerosas críticas doctrinales y jurisprudenciales, consiguiendo que la opinión mayoritaria no sea más que una frágil casa de paja en un temporal. La problemática se encuentra en su aplicación en los litigios y, aunque la iniciativa probatoria sea el centro de discusión de numerosos artículos y monografías doctrinales –de los que me he servido mayoritariamente para la elaboración del estudio–, la jurisprudencia y los supuestos prácticos no abundan.

En esencia, el objetivo de esta investigación se enfoca en observar, estudiar y determinar las numerosas corrientes para discernir cuál de éstas es la comúnmente más aceptada y utilizada en la práctica de la iniciativa probatoria del juez, dando a su vez, una visión y crítica de cada fase de las que se compone.

La teoría general sobre la carga de la prueba en el derecho procesal civil dará la entrada al análisis doctrinal sobre la iniciativa probatoria del juez del art. 429.1 II y III LEC, consistente tanto en el estudio de su creación como de su aplicación. A continuación, se conjugará la iniciativa probatoria con el derecho constitucional de defensa y con los principios dispositivo y de aportación de parte. Seguidamente, de igual forma se analizará los discordantes puntos de vista doctrinales sobre la iniciativa probatoria de oficio en las diligencias finales extraordinarias del art. 435.2 LEC. En consideración al análisis jurisprudencial, se indagará en las sentencias de mayor importancia para entender cómo en la mayoría de casos la iniciativa probatoria resulta estar lejos de ser utilizada. Por último, tomando en consideración los conocimientos adquiridos, se resolverá un caso práctico sobre iniciativa probatoria.

2. La carga de la prueba en el Derecho Procesal Civil

El autor Sentís Melendo afirma que “la prueba no consiste en averiguar sino en verificar”¹, y según el mismo, verificar “se refiere a hacer o presentar como verdad, como cierto”². En términos similares se han pronunciado Montero Aroca al señalar que “la actividad probatoria no es investigadora, sino verificadora de las afirmaciones de hecho de las partes”³ y Muñoz Sabaté, quien afirma que “la prueba es la verificación de una afirmación”⁴. La prueba tiene como objetivo el permitir tener el conocimiento de la verdad de los hechos enunciados por las partes en el caso. Cuando los medios de prueba respectivos a cada hecho aporten razones y elementos jurídicos suficientes en pro de la verdad, se podrá considerar que la proposición de hechos está probada⁵.

En definitiva, la prueba es la actividad desarrollada por las partes y excepcionalmente de oficio por el juez. Como regla general y según el artículo 282 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, estas son quienes tienen la carga de la prueba y quienes sufren los riesgos por falta de ésta, por lo tanto, la carga de alegar y aportar prueba de los hechos corresponde a las partes y, corresponde al juez el deber de verificar los hechos aportados por las partes en el proceso y valorar las pruebas a los efectos de motivar la sentencia como exigencia legal del art. 218 de la LEC, elevada a rango constitucional de los arts. 24.2 y 120.3 de la Constitución Española⁶. De ésta afirmación se puede deducir que los hechos puramente acontecidos no constituyen el objeto de prueba, y que sólo lo podrán formar las afirmaciones de los hechos controvertidos⁷ en el que las partes tengan la carga de alegar e incluir en el proceso.

¹ SENTÍS MELENDO, S. (1947): *La prueba*, Ed. EJE, Buenos Aires, p. 12.

² SENTÍS MELENDO, *La prueba*, cit., p. 76.

³ MONTERO AROCA, J. (2002): *La prueba en el Proceso Civil*, Ed. Civitas, Madrid, p. 38.

⁴ MUÑOZ SABATÉ, L. (2001): *Fundamentos de prueba judicial civil LEC I/2000*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, p. 85.

⁵ FERRER BELTRÁN, J. (2002): *Prueba y Verdad en el derecho*, Ed. Marcial Pons, Barcelona, p. 84.

⁶ ABEL LLUCH, X. (2007): *Objeto y carga de la prueba*, Editorial Bosch Editor, Barcelona, p. 27.

⁷ CARNELUTTI, F. (2000): *La Prueba Civil*, 2º ed., EJE, ed. Desalma, Buenos Aires. Trad.: Santiago Sentís. Entiende por hecho controvertido el hecho que afirmado por una parte es negado por la contraria o sobre el que la adversa guarda silencio.

Tal y como señala Abel Lluch, la Ley de Enjuiciamiento Civil determina el objeto de la prueba, mediante una cláusula general, referida a los hechos; una cláusula particular, referida a las normas jurídicas, esto es, el derecho extranjero y el derecho consuetudinario (art. 281.2 LEC); una dispensa absoluta de prueba, referida a los hechos sobre los que exista conformidad (art. 281.3 LEC); y una dispensa relativa de prueba, referida a los hechos notorios (art. 281.4 LEC). Respecto a la cláusula general, el art. 281.1 LEC señala que serán el objeto de la prueba “los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso”. Sin embargo y tal y como afirma Garberí Llobregat, la expresión “guardar relación” resulta poco jurídica y nada expresiva de cuáles son los hechos que deben probarse y cuáles no⁸. Para más determinación, en el informe al Anteproyecto de la LEC del Consejo General del Poder Judicial, se identificaba como objeto de la prueba “los hechos alegados por las partes como base de sus respectivas pretensiones, sobre los que no se alcanza o expresa conformidad, o no resultaren notorios”⁹.

En cuanto las afirmaciones realizadas por las partes sobre los hechos, se deben verificar a través de las fuentes de prueba, introducidos en el proceso a través de los medios de prueba. Mientras que las primeras son conceptos preexistentes en el proceso que deben averiguar las partes para acreditar sus afirmaciones, tales como los testigos o los documentos; los segundos son instrumentos que existen en y para el proceso que sirven al juez para verificar las afirmaciones de las partes, tales como el interrogatorio de testigos, el reconocimiento judicial o el dictamen de peritos¹⁰.

El art. 299 LEC rubricado “medios de prueba” incluye tres apartados que se pueden diferenciar en clásicos, modernos y futuros. Los medios clásicos, situados en el apartado 1º del art. 299 LEC, se disponen en una enumeración cerrada: el interrogatorio de partes, los documentos públicos, los documentos privados, el dictamen de peritos, el reconocimiento judicial y el interrogatorio de testigos.

⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, J. y BUITRÓN RAMÍREZ, G. (2004): *La prueba civil*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, p. 34.

⁹ *Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil* en “Reformas del Proceso Civil” (1998), CGPJ, p. 161.

¹⁰ ABEL LLUCH, *Objeto y carga de la prueba*, cit., p. 21.

Los medios modernos, situados en el apartado 2º del art. 299 LEC se enuncian e identifican descriptivamente mediante la expresión: “medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permitan conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas, llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso”. Finalmente, los medios futuros enunciados en apartado 3º del art. 299 LEC, se identifican a partir de cuatro condicionantes: Que no sean ninguno de los medios clásicos ni modernos, que sean medios que permitan adquirir certeza de los hechos relevantes, que el medio de prueba se proponga a instancia de parte, vedando cualquier actividad probatoria del juez y que sean medios para cuya práctica se adopten medidas que en cada caso resulten necesarias¹¹.

Tal y como afirma Abel Lluch, “la verificación de los hechos afirmados por las partes e introducidos en el proceso a través de los medios de prueba culmina con la valoración judicial en la sentencia”. Una vez la prueba es introducida en el proceso, ésta deja de ser propiedad de las partes y se encuentra a disposición del juez para su valoración¹². Por adición, y de acuerdo con Sentís Melendo, la carga de la parte terminará precisamente allí donde comienza el deber del juez¹³.

La motivación de la sentencia, debe satisfacer la exigencia del control sobre la racionalidad en el razonamiento del juez sobre las pruebas. El legislador ha establecido un sistema de libre valoración de la prueba, y salvo las reglas de la prueba tasada que comprenden el interrogatorio de partes y el valor de los documentos públicos y privados, existe una libertad valorativa conforme a las reglas de la sana crítica, en el que se incluyen el interrogatorio de parte, el interrogatorio de testigos, dictamen de peritos, reconocimiento judicial y medios de filmación, grabación y semejantes¹⁴.

¹¹ ABEL LLUCH, *Objeto y carga de la prueba*, cit., pp. 25-26.

¹² ABEL LLUCH, *Objeto y carga de la prueba*, cit., p. 29.

¹³ SENTÍS MELENDO, *La prueba*, cit., p. 107.

¹⁴ TARUFFO, M. (1969): *La prueba de los hechos*, Trad.: Jordi Ferrer. Ed. Trotta, Madrid, p. 436.

3. Análisis del artículo 429.1, II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil

El art. 429.1 LEC, situado en la regulación de la fase de audiencia previa del juicio ordinario, señala literalmente en su segundo párrafo que “Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal, ciñéndose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente”. Y en su párrafo tercero añade: “En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”.

El contenido de la facultad probatoria que confiere a la autoridad jurisdiccional permite señalar las siguientes características inherentes a dicha facultad: En primer lugar, la insuficiencia eventual de las pruebas propuestas por las partes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos o discutidos por las mismas, debe permitir salvaguardar los principios dispositivo y de aportación de parte. En segundo lugar, permite indicar el hecho o hechos controvertidos que podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. En tercer lugar, dispone al juez de la capacidad de señalar, ciñéndose a las fuentes de prueba cuya existencia resulte de los autos, los medios de prueba cuya práctica considere conveniente. Y en cuarto lugar, la posibilidad judicial de la manifestación de la insuficiencia probatoria y, en su caso, de la indicación de las pruebas que se consideren convenientes, junto con el deber de efectuarse con respeto a la legalidad probatoria, y no permitir la aportación a juicio, ni la proposición extemporánea de pruebas pertenecientes a estadios procesales anteriores sometidas a un régimen normativo, que no puede ser violado o desconocido por el juez¹⁵.

¹⁵ ABEL LLUCH, X. y PICÓ i JUNOY, J. (2003): *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Editorial J.M Bosch, Barcelona, p. 46.

Una vez ejercida esta facultad, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba, preservando la necesaria contradicción entre las partes y su derecho constitucional a la defensa del art. 24 CE¹⁶.

Desde un punto de vista doctrinal, la normativa del art. 429.1 II y III LEC se funda “en la búsqueda de la convención judicial, al objeto de otorgar la efectiva tutela de los intereses en litigio”¹⁷ y desde un punto de vista judicial en el “agotamiento de todas las posibilidades probatorias”¹⁸. Es decir, la actividad probatoria del juez tiene como finalidad la convicción de éste, que los hechos controvertidos sean suficientemente acreditados, para la satisfacción de los derechos de las partes y para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva.

3.1. Precedentes legislativos y desarrollo parlamentario

Una de las grandes novedades que introdujo la LEC se encuentra en el art. 429.1 II¹⁹, dicha normativa no dispone de antecedentes legislativos en las leyes procesales españolas. De hecho, tampoco constaba en el Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Gobierno en 1998, sino que fue introducido en la Ponencia de la LEC de la Comisión de Justicia del Congreso de los Diputados, como consecuencia de una propuesta de la Ponencia a la enmienda transaccional número 321 del grupo parlamentario socialista²⁰; el art. 449 del Informe de la Ponencia era del tenor literal siguiente: “La ponencia propone a la Comisión la incorporación de una enmienda transaccional a la 429 del GP socialista en los términos que figuran en el Anexo” y el art. 431 del Anexo de la Ponencia recogía en sus párrafos segundo y tercero la actual redacción del art. 429.1, II y III de la LEC²¹.

¹⁶ ABEL LLUCH y PICÓ i JUNOY, *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, cit., p. 46.

¹⁷ PICÓ i JUNOY, J. (2001): *Los principios del nuevo proceso civil*, Ed. Dijusa, Barcelona, p. 47.

¹⁸ GÓMEZ, Carlos: *El paper del jutge en el procés civil un any després de l'entrada en vigor de la Llei d'Enjudiciament Civil de 8 de gener de 2000*, conferencia pronunciada en el II·lustrre Col·legi d'Advocats de Granollers el 25 de enero de 2000. Traducción de Abel Lluch. Obra no disponible.

¹⁹ PICÓ i JUNOY, J. (2007): *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, 1ª Edición, Ed. J.M Bosch Editor, p. 124.

²⁰ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, cit., p. 124.

²¹ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p.114.

Ya en el trámite parlamentario en el Senado, el art. 429.1 II y III de la LEC había sido objeto de una enmienda de supresión con la justificación de una entrada del tribunal en el ámbito dispositivo y de aportación de las partes²².

En el mismo sentido, la LEC 1/2000 alcanzó una solución de compromiso entre las tendencias liberal, del inicial Proyecto de Ley, y publicista, introducida en el trámite parlamentario²³. Según Montero Aroca, la configuración legislativa de los poderes del juez en materia de iniciativa probatoria –recogida en los arts. 282, 429.1, II y III y 435.2 de la LEC– provocó un debate parlamentario entre los distintos modelos de juez que “se ha saldado con un resultado poco definido que conduce a la indeterminación del modelo de proceso y serán los jueces los que le den contenido”²⁴.

3.2. Ámbito de aplicación

3.2.1. Adecuación del momento procesal

La facultad judicial de integración probatoria se produce en el momento de la proposición de la prueba, bien sea durante la audiencia previa en el juicio ordinario, tal y como se establece en el art. 429.1 LEC, bien sea durante la vista en el juicio verbal, tal y como se establece en el art. 443.4 II LEC. Su ubicación sistemática en la fase de proposición de prueba suscita la cuestión de la adecuación del momento procesal²⁵.

Se puede plantear la cuestión de si es conveniente que el juez ejerza su facultad que la confiere el art. 429.1 II y III LEC cuando aún se desconoce el resultado de la prueba propuesta por las partes. Se debe tener en cuenta que en la audiencia previa aún no se ha practicado buena parte de la prueba y el juzgador no puede imaginarse el resultado de las pruebas no practicadas. Sin embargo, Abel Lluch afirma que “con anterioridad a la práctica de la prueba, no existe otro momento procesal oportuno para la indicación de insuficiencia probatoria y que, en aras de respetar el

²² ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 114.

²³ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, cit., p. 124.

²⁴ MONTERO AROCA, J. (2001): *Los principios de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 122-123.

²⁵ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 131.

principio de concentración y la configuración del proceso, tal indicación debe efectuarse en la audiencia previa” y en consecuencia, su ubicación en la fase intermedia del proceso “es coherente con la configuración legal de la audiencia previa, el acto del juicio y de las diligencias finales en el juicio ordinario, así como con la configuración de la vista en el verbal. En efecto, de ubicarse tras el acto del juicio, es decir, una vez practicada la prueba, se abriría un anómalo segundo acto del juicio no previsto en la LEC”²⁶.

3.2.2. Advertencia de insuficiencia probatoria y proposición de prueba

La primera cuestión, antes de plantear el ejercicio en sí mismo de la advertencia de insuficiencia probatoria y proposición de prueba, debe esclarecer si el texto legal confiere una facultad o un deber al juez de enunciar delante una eventual insuficiencia probatoria. Según afirma Barona Vilar, la insuficiencia de la prueba que proponen las partes, propiciará una cierta relación dialéctica entre el juez y las partes en el momento de la proposición de prueba, con el fin de que éste emita un juicio de valor en relación con los hechos controvertidos y las pruebas propuestas por las partes²⁷.

Podría parecer que la iniciativa probatoria se configura como una indudable obligación por lo que necesariamente el juez debe formular la indicación si considera que concurre insuficiencia probatoria, tal y como se desprende de su texto normativo: “el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes, etc.”. Sin embargo, como señala Damián Moreno, “esta obligación constituye una grave intromisión en la actividad organizativa de las partes, [...]. Parece como si la ley quisiera hacer descargar sobre el juzgador el deber de defender a aquellos litigantes cuyos derechos puedan verse amenazados como consecuencia de una supuesta deficiencia advertida en la estrategia procesal elegida respecto de los hechos sobre los que ha de recaer la actividad probatoria”²⁸.

²⁶ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 132.

²⁷ BARONA VILAR, S. (2001): *El Proceso Civil*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia, pp. 3212 - 3228.

²⁸ DAMIÁN MORENO, J. (2002): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Ed. Lex Nova, Valladolid, pp. 2159 - 2161.

Ciertamente, al juez le resulta difícil decidir sobre si un hecho relevante para la decisión del juicio pueda tener insuficiencia cuando aún no se ha practicado la prueba propuesta por las partes y además, la resultaría imposible manifestar la insuficiencia derivada de la no aportación de las pruebas que debieron haber presentado las partes en la demanda y contestación en virtud y por respeto a la legalidad procesal²⁹.

Según lo expuesto se debe concluir que aun cuando la dicción literal afirma calificar la iniciativa probatoria del juez como una obligación, en los supuestos prácticos no cabe afirmar que realmente se exija jurídicamente ni determine responsabilidad alguna en el juzgador que ha decidido no hacer uso de dicha iniciativa. Por lo tanto, se puede deducir de lo expuesto que la normativa del art. 429.1, II y III LEC da la posibilidad al juez la facultad de indicación de insuficiencia probatoria y la facultad de proposición de prueba.

Respecto a la facultad de indicación de la insuficiencia probatoria, se puede distinguir un alcance general y otro particular; una vez han sido admitidas las pruebas propuestas por las partes, el juez puede constatar su insuficiencia para el esclarecimiento de los hechos discutidos por las mismas y en particular, se permite al juez manifestar los hechos afectados por la insuficiencia probatoria. Dichos alcances deben ir necesariamente a la par, puesto que no sería lógico que el juez hiciera uso de su facultad indicando la insuficiencia sin concretar el hecho afectado por ésta³⁰. En el mismo sentido se pronuncia Illescas Rus, en el que descarta que el juez haga “exhortaciones o amonestaciones genéricas”, y exige que éste efectúe “indicaciones muy precisas, [...] al señalar el hecho o hechos concernidos por la eventual carencia de prueba”³¹. La literalidad del párrafo segundo del art. 429.1 LEC parece dar a entender que la facultad de “poner de manifiesto” alcanza tanto la insuficiencia probatoria como a los hechos afectados por la misma.

²⁹ ABEL LLUCH y PICÓ i JUNOY, *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, cit., p. 50.

³⁰ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 134-135.

³¹ ILLESCAS RUS, A. (2002): *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Aranzadi, Navarra, p. 351.

De acuerdo con Abel Lluch, “la facultad judicial se caracteriza por ser eventual, indicativa, individualizadora y progresiva”³². En primer lugar, su facultad eventual obliga al juez a efectuar una ponderación sobre el resultado de las pruebas propuestas y pendientes de su práctica, pero no se establece como un deber la indicación de la insuficiencia de éstas. En segundo lugar, su carácter indicativo permite al juez evidenciar e indicar la insuficiencia probatoria aunque no permite corregir ni subsanar las pruebas propuestas por las partes. En tercer lugar, la facultad tiene una finalidad individualizadora, pues permite que el juez señale el hecho concreto donde existe insuficiencia probatoria. Por último, es una facultad progresiva ya que tras constatar la insuficiencia se deberá indicar el hecho o hechos afectados por ésta³³.

Respecto a la facultad de proposición de prueba, permite al juez la proposición de las pruebas que considere oportunas para el esclarecimiento de los hechos controvertidos con insuficiencia probatoria. En afirmación de Abel Lluch, la proposición de prueba por parte del juez es “una facultad de propuesta, concreta, potestativa y limitada”. En primer lugar, es de propuesta por su finalidad es permitir al juez proponer o aconsejar a las partes de las pruebas que considere convenientes para remediar su insuficiencia. En segundo lugar, es concreta por la razón de que el juez puede proponer las pruebas que él mismo estime convenientes. En tercer lugar, es potestativa por señalarlo de la misma forma su propia normativa: “el tribunal..., podrá señalar también la prueba pruebas cuya práctica estime pertinentes”. Finalmente, es una facultad limitada ya que se deberá ceñir “a los elementos probatorios cuya existencia resulta de los autos”³⁴.

3.2.3. Presupuestos y límite de la facultad probatoria

Para la aplicación de la facultad judicial de integración probatoria se requieren tres presupuestos derivados del art. 429.1 LEC. En primer lugar, las partes deberán alegar hechos que sean controvertidos en sus escritos de alegaciones, ya que en caso contrario, no se procederá a la apertura de la fase probatoria y el juez se dispondrá

³² ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 135.

³³ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 136-137.

³⁴ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 138.

a dictar la sentencia. En segundo lugar, las partes deberán proponer la prueba, puesto que ésta facultad nace de la insuficiencia probatoria, y en ningún caso será de la inexistencia o ausencia probatoria. Y en tercer lugar, se requiere que el juez realice un juicio de valor sobre la insuficiencia de la prueba propuesta³⁵.

El límite destacable es la imposibilidad de utilizar fuentes de prueba distintas a las existentes en el proceso, es decir, que el medio de prueba propuesto arranque de una fuente de prueba obrante en los autos³⁶. Por lo tanto, será suficiente con que se deduzca la fuente de prueba en autos para que el tribunal pueda recurrir a la proposición y por lo tanto, el juez no podrá proponer una prueba sobre un hecho diferente al alegado por las partes.

En lo que respecta a la prueba pericial por parte del juez, se plantea una cuestión acerca de si se puede ampliar alguno de los dictámenes presentados por las partes. En el art. 374.2 LEC se permite al juez “formular preguntas a los peritos y requerir de ellos explicaciones sobre lo que sea objeto de dictamen aportado, pero sin poder acordar, de oficio, que se amplíe” salvo supuestos del art. 339.5 LEC. Por lo que consiguientemente, fuera de éstos del art. 339.5 LEC, el juez no podrá acordar la ampliación de oficio del dictamen pericial³⁷.

3.2.4. Actuación de las partes

Según lo que se desprende del tenor literal del artículo, “las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de lo manifestado por el tribunal”. Respecto al *modus operandi*, las partes –incluyendo al rebelde que ha comparecido en la fase de audiencia previa y no ha presentado escrito de contestación a la demanda– deberán efectuarlo oralmente en la audiencia previa o en la vista del juicio verbal seguidamente de la manifestación del juez; el que deberá pronunciarse sobre las pruebas consideradas completadas o modificadas en el momento y de forma oral³⁸.

³⁵ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p.140.

³⁶ CACHÓN CADENAS, M. (2001): *De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: régimen transitorio de los juicios civiles*, Ed. J.M Bosch, Barcelona, p. 142.

³⁷ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 144.

³⁸ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil* cit., p.145.

Aun cuando el Juez haga uso de la facultad de indicar la insuficiencia de la prueba propuesta por las partes, y en su caso, señale la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente ciñéndose a los elementos probatorios resultantes de los autos, no podrá imponer su criterio a las partes y por lo tanto, no será vinculante y sólo se podrá practicar si es aceptada por éstas. Señala Abel Lluch que “ésta interpretación es la más respetuosa con el principio de aportación de parte ya que la decisión última de introducir nuevos medios de prueba corresponderá a las partes, en concordancia con los artículos 216 y 282.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Sin embargo, la desatención por parte de una parte de la advertencia de insuficiencia probatoria, podrá servir como indicio negativo hacia ésta con consiguiente aplicación del *onus probandi* del art. 217 de la LEC³⁹.

3.2.5. Práctica de la prueba de oficio

Una de las cuestiones de mayor transcendencia que plantea el art. 429.1, II y III LEC es la práctica de pruebas de oficio en el caso que las partes no atiendan la indicación judicial. Por un lado, existe un sector de la doctrina minoritario que defiende dicha práctica. Para Gimeno Sendra, es requisito indispensable que el juez considere la prueba relevante para dictar la sentencia, siendo imposible practicarla en otro momento⁴⁰ –ni siguiera mediante diligencia final–. Picó Junoy argumenta que para satisfacer el valor superior del ordenamiento, el juez necesita de la prueba de los hechos controvertidos y para lograrlo, coartar o restringir la iniciativa probatoria significa una limitación de la tutela judicial efectiva⁴¹.

Por otro lado, la doctrina mayoritaria entiende que no debe ser admisible que el juez acuerde pruebas de oficio cuando las partes han desatendido la indicación. Según Etxeberría Guridi, existen cuatro argumentos que dan pie a ésta afirmación. El primer argumento descansa sobre el principio de aportación de parte, ya que como regla general, la iniciativa probatoria pertenece a las partes y como excepción al juez –del art. 282 LEC se deduce lo dicho–.

³⁹ ABEL LLUCH y PICÓ i JUNOY, *Los poderes del juez civil en materia probatoria* cit., pp. 52-53

⁴⁰ GIMENO SENDRA, V. (2001): *Proceso Civil Práctico*, Ed. La Ley, Madrid, pp. 243-280.

⁴¹ ABEL LLUCH y PICÓ i JUNOY, *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, cit., p. 165.

El segundo argumento se desprende del art. 429.1 III LEC, pues da a las partes el poder de completar o modificar sus proposiciones iniciales en virtud de la indicación de insuficiencia probatoria. El tercer argumento reside en la literalidad del texto legal en que se usan términos como manifestar o señalar en vez de ordenar o decretar. Finalmente, el cuarto argumento nace del art. 435.1.1º LEC al establecerse que con carácter general, la proposición de pruebas pertenece a las partes⁴².

La facultad de que las partes puedan proponer las pruebas es expresión directa del principio dispositivo y de aportación de parte. En consecuencia, la práctica de oficio requiere una habilitación legalmente establecida con determinación de los presupuestos aplicables –cómo en el caso de las diligencias finales practicadas de oficio–, supuesto que no ocurre en el art. 429.1 II y III LEC⁴³.

4. Conjugación del artículo 429.I,II y III de la Ley de Enjuiciamiento Civil

4.1. Límites constitucionales

La iniciativa probatoria no puede ser ilimitada, ya que eventualmente se podría entrar en conflicto con derechos constitucionalmente protegidos. En primer lugar, respecto a las garantías procesales y los hechos en él discutidos; la prueba practicada por el juez deberá limitarse a los hechos controvertidos y alegados por las partes, en virtud del principio de aportación de parte. El órgano jurisdiccional no podrá llevar a cabo ninguna actividad que tenga como objetivo investigar o aportar hechos no alegados por las partes, ya que podría incurrir en un vicio de incongruencia⁴⁴.

En segundo lugar, respecto a las garantías de la actividad jurisdiccional; deben constar en el proceso las fuentes de prueba sobre las que recaiga la actividad probatoria del juez, para garantizar de ésta forma la debida imparcialidad del juez⁴⁵ y además no debe suponer en ningún caso la suplantación de funciones que le son

⁴² ETXEBERRÍA GURIDI, F. (2003): *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 276-277.

⁴³ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 158

⁴⁴ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, cit., p. 117.

⁴⁵ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, cit., p. 118.

propias al letrado, tales como la proposición de prueba. En palabras de Abel Lluch, “es el argumento esgrimido con mayor frecuencia por quienes son contrarios o muestran recelos frente a la iniciativa probatoria *ex officio iudicis*”⁴⁶, sin embargo, bien es cierto que en otros procedimientos –administrativo, laboral o penal– la iniciativa probatoria del juez no supone una quiebra de la imparcialidad judicial ni una falta de constitucionalidad.

Finalmente y en tercer lugar, respecto a las garantías de la actividad de las partes; es necesario que se respete el principio de contradicción en el desarrollo de la prueba propuesta por el juez, por lo que se le deberá permitir proponer nuevas pruebas y participar en la práctica de todas ellas⁴⁷, protegiendo así el derecho de defensa y más concretamente, la aplicación efectiva del derecho de contradicción y la prohibición de indefensión.

4.2. Principio dispositivo

El principio dispositivo tiene como objetivo esencial poner a disposición de las partes el proceso judicial para hacer valer sus intereses privados, en la medida que estimen oportuno. Es así como se admite un amplio margen a la autonomía de la voluntad y la iniciativa de los particulares⁴⁸. Los tribunales tienen la obligación de decidir los asuntos en virtud de los hechos, pruebas y pretensiones aportados por las partes.

Picó i Junoy señala cuatro características⁴⁹. En primer lugar, el inicio de la actividad jurisdiccional sólo será posible a instancia de parte, tal y como se expone en la LEC, concretamente en el art. 399.1: “El juicio principiará por demanda”, en lo referente a las medidas cautelares, en su art. 721.2: “Las medidas cautelares previstas en este Título no podrán en ningún caso ser acordadas de oficio”; y por último, en materia de ejecución, en su art. 549: “Sólo se despachará ejecución a petición de parte”.

⁴⁶ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 160.

⁴⁷ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, cit., p. 118.

⁴⁸ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, cit., pp. 99-101.

⁴⁹ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*, cit., pp. 99-101.

En segundo lugar, la determinación del objeto del proceso corresponderá únicamente a los litigantes. De ésta forma se expresa el art. 399.1, al establecer que en la demanda se expondrán “los hechos y los fundamentos de Derecho y se fijará con claridad lo que se pida” y de igual modo lo hace el art. 421.1 que destaca que lo establecido en la demanda, contestación y en su caso reconvencción “las partes no podrán alterarlo posteriormente”. En tercer lugar, las resoluciones judiciales deberán ser congruentes con las pretensiones de las partes, tal y como se establece en el art. 216: “los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes” y además, sobre las mismas recaerá las consecuencias sobre los hechos que no han estado probados según el art. 217 LEC. En cuarto y último lugar, la finalización del proceso judicial será potestad de los litigantes, quienes podrán disponer libremente del curso del proceso, según lo establecido en el art. 19: “Los litigantes están facultados para disponer del objeto del juicio y podrán renunciar, desistir del juicio, allanarse, someterse a arbitraje y transigir sobre lo que sea objeto del mismo”⁵⁰.

4.3. Principio de aportación de parte

El principio de aportación de parte que rige en el proceso civil hace referencia a la potestad de los litigantes a alegar datos o elementos fácticos de la realidad discutida del proceso, así como proponer la prueba de tales datos o elementos. En efecto, el principio de aportación de parte tiene un carácter técnico, en el que la iniciativa de los jueces se constriñe a la voluntad de las partes⁵¹.

Por un lado, las partes deciden qué hechos quedan en valor de controvertidos, al ser ellas mismas la que poseen la facultad de admitir los existentes alegados por la parte contraria, quedando el juez obligado a no desconocerlos⁵². Por otro lado, las partes tienen la carga de aportar los hechos al proceso que constituyan su causa de pedir en caso de ser demandante y los hechos que fundamenten la resistencia a dicha causa de pedir en caso de ser demandado junto con las pruebas como fundamento

⁵⁰ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal* cit., pp. 99-101.

⁵¹ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal* cit., pp. 101-102.

⁵² MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil* cit., p. 27

–estableciéndose de la misma forma en el art. 216 LEC: “Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes [...]”⁵³–. Sin embargo, el legislador ha querido establecer de forma rápida y general en el art. 282 LEC que “el tribunal podrá acordar, de oficio, que se practiquen determinadas pruebas o que se aporten documentos, dictámenes u otros medios e instrumentos probatorios, cuando así lo establezca la ley”⁵⁴.

La iniciativa probatoria de oficio no se concibe como un deber para el juzgador, sino como una facultad que de ningún modo anula ni constriñe la capacidad de aportación de prueba de las partes. Según apunta Taruffo, el reconocimiento del derecho de prueba no significa atribuir a las partes el monopolio exclusivo en materia probatoria, por lo que no implica la eliminación de cierta iniciativa autónoma del juez⁵⁵; en consecuencia, la utilización de las dos iniciativas resultan completamente compatibles. La iniciativa probatoria de oficio completa la iniciativa de las partes, teniendo la primera un carácter meramente facultativo, eventual y limitado⁵⁶.

Si bien los litigantes son libres de disponer del objeto del proceso, concebible éste como instrumento para la tutela judicial de derechos privados pero también como función pública del Estado, es el mismo quien debe velar por el cumplimiento de los intereses de las partes, razón por la que “limita” el alcance del principio de aportación de parte atribuyendo a los jueces y tribunales ciertas iniciativas probatorias⁵⁷.

En adición, desde el punto de vista procesal, la aportación *ex officio iudicis* siempre será cronológicamente posterior a la aportación de parte⁵⁸.

⁵³ MONTERO AROCA, *La prueba en el proceso civil* cit., p. 27

⁵⁴ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal* cit., pp. 121

⁵⁵ TARUFFO, M. (1984): *Il diritto alla prova nel processo civile*, Trad.: Joan Picó i Junoy, Ed. Giuffrè Editore, pp. 90 y ss.

⁵⁶ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p.164

⁵⁷ PICÓ i JUNOY, *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal* cit., pp. 102-103

⁵⁸ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 166-167.

5. Análisis del artículo 435.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil

5.1. Configuración legal

Las diligencias finales se sitúan en el Título II del Libro II dentro del Capítulo IV. En el art. 434.2 LEC se regula la suspensión del plazo para dictar sentencia en el caso que se acuerden diligencias finales, en el art. 435 LEC se regulan el procedimiento y los supuestos para la admisión de diligencias finales a instancia de parte o de oficio, y finalmente, en el art. 436 LEC se regula el plazo para la práctica de éstas y para dictar la sentencia posterior. De lo que se desprende de los artículos anteriormente citados, se puede apuntalar lo siguiente: que las diligencias finales se acuerdan dentro del plazo para dictar sentencia, el que queda en suspensión para su práctica. Se pueden solicitar a instancia de parte, siempre y cuando se refieran a pruebas admitidas y no practicadas por circunstancias ajenas a la voluntad de la parte que las ha solicitado o por pruebas sobre hechos nuevos; o bien de oficio, cuando concurren condiciones establecidas legalmente. El plazo para practicar las diligencias es de veinte días, seguido de un informe de las partes en los cinco días posteriores y con posterior reanudación del plazo de veinte días para dictar sentencia⁵⁹.

La regulación de las diligencias en la LEC sigue la misma línea que la redacción inicial del Proyecto de Ley consignado por el Gobierno a las Cortes, aunque en la tramitación parlamentaria fue objeto de diversas enmiendas –la forma para acordar la adopción de diligencias finales, la oralidad en el informe emitido por las partes, extensión de las diligencias, etc.–. De la regulación actual se desprenden dos tipos de diligencias finales: las ordinarias o a instancia de parte y las extraordinarias, sin embargo importa hacer mención exclusivamente a las últimas, ya que son en particular, las acordadas por el juez de oficio⁶⁰, permitiéndole un cierto margen para la iniciativa probatoria.

⁵⁹ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 279-280.

⁶⁰ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 280-281.

Las diligencias finales extraordinarias *ex officio iudicis* se deben acordar y motivar mediante auto⁶¹, al establecerse en el párrafo segundo del art. 435.2 LEC que la justificación deberá constar “en el auto en el que se acuerdo la práctica de diligencias” en el plazo para dictar sentencia, una vez se haya ponderado el caudal probatorio obrante en las actuaciones. Sin embargo, añade Abel Lluch que “nada impide que si la conveniencia de acordar una diligencia final se advierte por el juez en la fase del juicio lo manifieste oralmente a las partes, siquiera la adopción de la diligencia requiera el posterior auto motivado⁶²”.

En adicción, se debe destacar que no existen previsiones normativas sobre los tipos de medios de pruebas que se puedan practicar en las diligencias finales⁶³, pero sí ciertos requisitos para la admisión de éstas estipulados en el art. 435.2 II LEC: “pruebas sobre hechos relevantes, oportunamente alegados, si los actos de prueba anteriores no hubieran resultado conducentes a causa de circunstancias ya desaparecidas e independientes de la voluntad y diligencia de las partes, siempre que existan motivos fundados para creer que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos.” Según Morenilla Allard, las diligencias finales de prueba acordadas por el juez excepcionalmente de oficio pueden calificarse como una facultad de complemento probatorio⁶⁴. Éstas proporcionan al juez una facultad excepcional (contempladas por con carácter restrictivo por el legislador y advertido taxativamente en el art. 435.2 LEC “Excepcionalmente, el tribunal podrá acordar...”), complementaria (que de ninguna forma puede suplir la iniciativa de las partes, constituyendo de ésta forma una protección al principio de aportación de parte al no reservarse exclusivamente al tribunal la facultad de proponer prueba) y limitada (ya que se encuentra sujeta a la concurrencia de supuestos y límites tasados legalmente)⁶⁵.

⁶¹ MARTÍN OSTOS, J. (2000): “Comentario al art. 435 LEC” en AAVV, “Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil” de Lorca Navarrete, A.M (dir.), ed. Lex Nova, Valladolid, p. 2191.

⁶² ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 282- 284.

⁶³ VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M. (2000): *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.), ed. Tecnos, Madrid, p. 102.

⁶⁴ MORENILLA ALLARD, P. (1998): “Las diligencias finales del juicio ordinario en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: observaciones críticas”, en revista *Justicia*, núm. 3-4, p. 600.

⁶⁵ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 289-290.

Dicha facultad versa sobre la prueba cuya finalidad sea la de fortalecer la convicción del juez, al desprenderse de ésta forma del art. 435.2 LEC "...que las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos...", siendo ésta cualquiera debidamente oportuna y sujeta a los límites establecidos anteriormente. Asimismo, se podrán acordar más de una de ellas, por razones de economía procesal, inexistencia de prohibición legal expresa e interpretación literal, como así resulta del texto legal.

Finalmente, no existe alusión alguna sobre si las diligencias finales son recurribles, sin embargo la doctrina mayoritaria⁶⁶ admite la recurribilidad de éstas –sea por analogía del art. 285 LEC, por la aplicación de disposiciones comunes o por comparación con la irrecurribilidad de las diligencias de mejor proveer del art. 340 LEC de 1881–⁶⁷.

5.2. Crítica doctrinal

La novedosa regulación de las diligencias finales extraordinarias ha sido el centro de discusiones doctrinales en dos extremos; los que sostienen que no existía razón para dar más iniciativa probatoria al juez y los que sostienen que se ha limitado excesivamente la iniciativa probatoria de oficio⁶⁸.

Respecto el primer extremo, se considera que la atribución aunque sea limitada de iniciativa del juez en materia probatoria genera una quiebra de los principios inspiradores de la LEC. La quiebra al principio de aportación de parte – concebido por el propio legislador como “la inspiración fundamental del proceso”⁶⁹– introduce un elemento distorsionador que consiguientemente, presenta una mayor dificultad de encaje en el conjunto del juicio ordinario y de sus principios inspiradores⁷⁰.

⁶⁶ Tales como ESCRIBANO MORA, F., MARTÍN OSTOS, J., y MORENILLA ALLARD, P.

⁶⁷ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 291.

⁶⁸ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p.324.

⁶⁹ Exposición de Motivos de la LEC, epígrafe VI, párrafo final.

⁷⁰ HOYA COROMINA, J. (2000): *Comentario al art. 435 LEC*, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, Fernández Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau (coords.), ed. Atelier, Barcelona, p. 1932.

En la misma orientación, la quiebra del principio de concentración –de la que la LEC “impone concentración de la práctica de prueba y proximidad de dicha práctica al momento de dictar sentencia”⁷¹– produce distorsión al permitir que exista la posibilidad de acordar diligencias finales una vez celebrado el juicio y toda vez que los letrados deben fragmentar sus respectivas conclusiones. También la oralidad –recogida como característica fundamental del proceso declarativo junto con la inmediación y la concentración– se quiebra al prever un trámite escrito para que las partes resuman y valoren el resultado de las diligencias finales, trámite que se hubiera podido articular mediante unas conclusiones orales tras la práctica de éstas⁷². Finalmente, se afirma que si bien existe la facultad de iniciativa probatoria de oficio en la audiencia previa, no es necesario conceder, además, iniciativa probatoria de oficio en la fase final del juicio⁷³.

Respecto al segundo extremo, la doctrina ha calificado la regulación de confusa, poco clarificadora⁷⁴ e imprecisa⁷⁵, debido a la restricción excesiva que reciben las diligencias finales respecto de la iniciativa probatoria por parte del juez en la fase final del juicio. La actual regulación otorga distinta configuración respecto a la iniciativa probatoria del art. 429.1 II y III LEC puesto que para la iniciativa de oficio de diligencias finales se necesita del cumplimiento de requisitos (art. 435.2 LEC) son de difícil interpretación en su aplicación que pueden generar una mayor arbitrariedad judicial –y como consecuencia, menor seguridad jurídica– al hacer depender de su práctica, a modo de ejemplo, que el juez crea que “las nuevas actuaciones permitirán adquirir certeza sobre aquellos hechos” (art. 435.2 *in fine* LEC)⁷⁶.

⁷¹ Exposición de Motivos de la LEC, epígrafe IX, párrafo decimonoveno

⁷² RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, E. (2000): *Juicio ordinario (arts. 399-436 LEC)*, en AAVV, *LEC XX comentada*, vol. I, Marina Martínez-Pardo y Loscertales Fuertes (coords.), ed. Sepin, Madrid, p.846

⁷³ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 324-326.

⁷⁴ HOYA COROMINA, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, cit., p. 1933

⁷⁵ ILLESCAS RUS, *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*, cit., p. 347

⁷⁶ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 326-327.

5.3. Ámbito de aplicación y límites

Según Martín Ostos, la raíz de las diligencias finales propuestas de oficio se encuentra en “la insatisfacción de la prueba practicada”⁷⁷. Es decir, a través de las diligencias finales –en nuestro caso, extraordinarias– sólo se podrán practicar las pruebas sobre unos hechos que, previamente realizada su prueba no hayan sido suficientemente acreditados.

Del tenor literal del artículo, se plantea la duda acerca de la expresión “que se practiquen de nuevo pruebas...” en vista que no se clarifica si se trata de pruebas ya practicadas que no han dado el resultado esperado o son pruebas nuevas de las ya practicadas⁷⁸.

Por un lado, diversos autores –Escribano Mora, Etxeberria Guiridi, Garberí Llobregat y Buitrón Ramírez entre otros– consideran que sólo deben ser admitidas como diligencias finales extraordinarias las pruebas que ya han sido propuestas pero su resultado se ha visto frustrado. Consiguientemente, se refuerza el principio de aportación de parte y se está a la literalidad del art. 435.2 LEC, puesto que se habla de practicar de nuevo las pruebas con un resultado malogrado. Desde otra perspectiva, otros autores –Martín Ostos y Abel Lluch entre otros– defienden que se deben acordar como diligencias finales extraordinarias pruebas que versen sobre los mismo hechos cuya demostración se ha visto frustrada, sean o no propuestas anteriormente por las partes. Martín Ostos argumenta que es posible acordar como diligencia final una prueba no propuesta, “siempre que sobre el hecho se haya practicada una prueba insatisfactoria”⁷⁹.

De esta forma, se aboga por una interpretación amplia de la práctica de las diligencias finales por lo que serán admisibles –siempre que respeten los requisitos del art. 435.2 LEC– las pruebas no propuestas, las pruebas no propuestas y no admitidas, y las pruebas admitidas y no practicadas⁸⁰.

⁷⁷ MARTÍN OSTOS, *Comentario al art. 435 LEC*, cit., p. 2192.

⁷⁸ MARTÍN OSTOS, *Comentario al art. 435 LEC*, cit., p. 2188.

⁷⁹ MARTÍN OSTOS, *Comentario al art. 435 LEC*, cit., p. 2119.

⁸⁰ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 310-311.

En el primer supuesto y en palabras de Abel Lluch, “la facultad judicial de acordar pruebas de oficio no puede resultar condicionada por una prueba de parte, pues la preclusión probatoria afecta a las partes, pero no al juez”⁸¹. Sin embargo, es primordial que las partes hayan ejecutado una actividad probatoria con anterioridad a la proposición de oficio, pues el juez no puede de ningún modo suplir la inactividad de las partes. En el segundo supuesto, la práctica de la diligencia final viene como consecuencia de una nueva circunstancia que habilita la prueba anteriormente no admitida. Ciertamente, la iniciativa probatoria del juez en las diligencias finales opera en un momento procesal diferente y el juicio sobre la admisibilidad de la prueba adquiere diferente razón. Finalmente, el tercer supuesto se corresponde con la prerrogativa de las partes a practicar pruebas admitidas pero no practicadas por causas ajenas a éstas; el juez podrá acordar una prueba propuesta, admitida y no practicada aun cuando la falta de práctica sea responsabilidad de la parte, es decir, según Abel Lluch “con abstracción de la circunstancia que la falta de práctica de la prueba radique en la ausencia de voluntad y/o diligencia de la parte”⁸².

Para delimitar el alcance negativo de las diligencias finales extraordinarias debemos tener en cuenta dos extremos. En primer lugar, se excluye la adopción de diligencias finales ordinarias de oficio puesto que es necesario la adopción de éstas a instancia de parte. En segundo lugar, los requisitos para practicar las diligencias finales extraordinarias pueden ser interpretados *a sensu contrario*. Por lo tanto, no se podrán practicar como tales los supuestos que son irrelevantes a efectos de dictar sentencia, los supuestos en que la diligencia verse sobre hechos no alegados en el momento procesal oportuno –en los escritos de demanda o contestación a la demanda– en virtud del art. 412 LEC y en cuarto lugar, los supuestos en que las pruebas versen sobre hechos cuyas pruebas anteriores no hubieran obtenido un resultado satisfactorio⁸³.

⁸¹ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 311.

⁸² ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 311.

⁸³ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 312-314.

Los límites en la regulación de las diligencias finales extraordinarias aparecen de una forma dispar. En primer lugar, la no introducción de oficio de hechos en el proceso viene expresamente recogida en el art. 435.2 LEC, al establecerse que sólo se podrán practicar de nuevo las pruebas cuyos hechos hayan sido “oportunamente alegados”; es decir, el juez sólo podrá acordar las pruebas sobre los hechos que hayan sido legados en el momento procesal oportuno –escritos de demanda y contestación, escritos de alegaciones finales y escritos de ampliación de hechos–⁸⁴.

En segundo lugar, la no utilización de fuentes de prueba distintas de las obrantes en las actuaciones no aparece recogido en el texto legal, y según Abel Lluch, esto obedece a dos motivos. Por un lado, por la supresión de los medios de prueba admisibles en las diligencias de mejor proveer y en segundo lugar, por el carácter excepcional de las diligencias finales extraordinarias que se refleja en una despreocupación del legislador al momento de fijar los límites a las pruebas acordadas oficio⁸⁵.

En tercer y último lugar, la no vulneración de los principios de audiencia y contradicción tampoco viene previsto expresamente en ningún apartado referente a las diligencias finales. Sin embargo, apunta en su art. 436.1 LEC que “las diligencias que se acuerden [...] se llevarán a cabo [...] en la forma establecida en esta ley para las pruebas de su clase” haciendo de forma implícita una remisión al art. 289.1 LEC –que establece la necesidad de contradicción en la práctica de pruebas– y al art. 291.2 LEC –que establece la eventual intervención de las partes en la práctica de las pruebas que se tengan que realizar fuera del juicio o vista en su caso–. También se puede entender como muestra del principio de audiencia y contradicción el trámite para valorar el efecto de las pruebas practicadas, referenciándose en el art. 436.1 LEC de ésta forma “Una vez practicadas, las partes podrán, dentro del quinto día, presentar escrito en que resuman y valoren el resultado”⁸⁶.

⁸⁴ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 322-323.

⁸⁵ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 323.

⁸⁶ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 323-324.

5.3.1. Juicios especiales no dispositivos

La práctica de diligencias finales en los procesos especiales no dispositivos presenta diversos matices. En primer lugar, la existencia de un interés público y mayor delicadeza respecto la prueba tienen repercusión en el valor del principio de aportación de parte y en la aceptación de las facultades probatorias de oficio. El argumento principal para rechazar la práctica de diligencias finales es en base el principio de investigación de oficio, puesto que como más se aumentan los poderes de investigación oficial, pierde más sentido la práctica de diligencias finales⁸⁷.

En segundo lugar, da la facultad de introducir hechos no alegados en el período correspondiente a tal acción, también en segunda instancia. Serán objeto de la prueba, los hechos debatidos, “con independencia del momento en que se hubieran alegado o introducido de otra manera en el proceso” según el art. 752.1 LEC. En tercer lugar, los procesos objeto de estudio se tramitan según los trámites del juicio verbal (art. 753 LEC), aunque en éstos no exista previsión alguna sobre la práctica de diligencias finales⁸⁸.

La utilización de diligencias finales en los procesos especiales no dispositivos debe ser la consecuencia de la práctica de los medios de prueba correspondientes para la defensa en ocasiones excepcionales y nunca para el abandono de las facultades probatorias otorgadas a las partes, al juez y al Ministerio Fiscal. Según Abel Lluch, los supuestos excepcionales sobre los que recaería la práctica de diligencias finales podrían ser los siguientes: Pruebas propuestas y no practicadas por causas ajenas a la parte proponente habiendo desaparecido la causa impeditiva de la prueba, y prueba del rebelde involuntaria y comparecido. Pruebas sobre hechos nuevos o de nueva noticia alegados con posterioridad al período de práctica de prueba⁸⁹.

⁸⁷ MORENILLA ALLARD, *Las diligencias finales del juicio ordinario en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: observaciones críticas*, cit., p. 604.

⁸⁸ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., pp. 341-342.

⁸⁹ ABEL LLUCH, *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*, cit., p. 342.

6. Análisis jurisprudencial sobre la iniciativa probatoria del juez

La iniciativa probatoria del juez en el ámbito de los procesos civiles patrimoniales siempre ha sido una cosa discutida. La nueva LEC prevé algunos supuestos en que el juez puede ejercer cierta “iniciativa” probatoria en su art. 429.1 LEC. Lo que requiere esta disposición de los tribunales, y que tipo de obligaciones impone al juez es objeto de discusión en la jurisprudencia, como pone de relieve la breve selección ilustrativa de sentencias –todas ellas dictadas en recurso de apelación– que se exponen y comentan a continuación.

6.1. SAP Murcia (Sección 5ª) núm. 402/2007 de 27 de diciembre

Se presentó, por parte de la sociedad limitada Congelados Pinatar una demanda de juicio ordinario contra el Sr. Salvador Braulio por reclamación de cantidad atribuidas a facturas de pedidos y productos efectuados a la demandante cobradas por el demandado en virtud de la relación laboral que los unía y que éste se había apropiado.

Después, se desestimó por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Cartagena al considerar que, aunque “la documental aportada con la demanda justifica la existencia de la relación laboral entre las partes”, “no se aporta documental u otra clase acreditativa del hecho de que el demandado fuera el encargado de cobrar las facturas reseñadas ni de las gestiones realizadas” y “falta, en definitiva, la prueba de que el demandado cobró las cantidades y se apropió de las mismas”. Además, en el acto de la audiencia previa no propuso más prueba que la documental, solicitando que se dictase sentencia con carácter inmediato. Frente a ésta resolución, la sociedad limitada interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 5ª) alegando que “...b) con carácter subsidiario, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 429.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en todo caso, en el acto de la audiencia previa, debió ser advertida por el Juzgador de la insuficiencia de la prueba propuesta, por lo que, caso de no acogerse el anterior motivo, debe declararse la nulidad de actuaciones, retro trayéndolas a ese momento procesal”.

El problema jurídico principal es determinar los límites derivados de la interpretación sistemática de la normativa de la prueba en el proceso civil y de la facultad integradora del juez.

La sentencia de la Audiencia Provincial motivó su decisión en base dos preceptos. En primer lugar, se debe tener en cuenta que en los letrados recae la labor de dirección y defensa técnica de sus patrocinados, sin descargar en el juzgador las labores que les son encomendadas a los abogados para la defensa de su cliente. Igualmente no se considera razonable en la interpretación de la LEC que el juzgador se ocupe de comprobar y verificar la certeza de los hechos afirmados por las partes.

En segundo lugar, el art. 429.1 LEC otorga al juzgador la facultad de indicar a su juicio, la posible existencia de una insuficiencia probatoria en ese momento, porque si no advirtió hasta el momento de dictar sentencia es claro que las actuaciones no se pueden retrotraer al momento de la proposición de prueba para dar entonces posibilidad a la parte de que proponga la prueba que sea necesaria para acreditar su derecho. Efectivamente, y según dice la sentencia comentada que, las sentencias de las Audiencias Provinciales de Baleares (Sección 3ª) de 3 de mayo de 2005 y Madrid (Sección 14ª) de 27 de octubre de 2005, refieren que “En definitiva, la nueva norma introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria , pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa y con la posibilidad que sea un juez distinto el que dicte sentencia, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria , las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC, que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429 ”.

Por lo que, el tribunal considera que no puede prosperar el segundo motivo del recurso y que se desestima el recurso de apelación interpuesto por Congelados Pinatar S.L contra la sentencia dictada en fecha 30 de julio de 2007 por el Juzgado de Primera Instancia núm.2 de Cartagena.

6.2. SAP Castellón (Sección 3ª) núm. 134/2011 de 18 de abril

La Comunidad de Propietarios de Oropesa de Mar interpuso demanda de juicio ordinario contra Construcciones Babiloni S.L por la reparación o subsanación de defectos o vicios de la construcción existentes en varios elementos comunes del edificio, solicitando también su condena al abono de la cantidad de 11.828,68 euros, correspondiente al importe de reparaciones ya verificadas por no admitir demora.

En el acto de la audiencia previa, la parte demandante propuso prueba documental que consistía en el dictamen pericial, facturas de las reparaciones ya verificadas y reclamaciones extrajudiciales, siendo admitida y quedando los autos para sentencia sin necesidad de celebrar juicio. Se desestimó parcialmente por el Juzgado de 1ª Instancia núm.8 de Castellón condenando a realizar las reparaciones de los defectos del informe pericial pero desestimando la reclamación dineraria verificada, fundamentándose en que los defectos objeto de reparaciones no fueron recogidos como tales en el dictamen, por lo que no existió prueba que los cambios efectuados se debieran a los motivos aducidos por la empresa Construcciones Babiloni S.L. Frente a ésta resolución, la Comunidad de Propietarios interpuso recurso de apelación aduciendo entre otros motivos, a: “3) Infracción del art. 429.1 de la LEC por no haberse indicado por la Juez de primer grado en el acto de la audiencia previa la insuficiencia de las pruebas propuestas para el esclarecimiento de los hechos”.

El conflicto jurídico se encuentra en determinar si la ausencia de indicación de insuficiencia probatoria de la prueba propuesta implica la consideración jurisdiccional de ser suficientes los medios de prueba propuestos para acreditar los hechos alegados en la demanda.

La sentencia de la Audiencia Provincial argumenta que “aun siendo cierto que ninguna indicación se realizó en el acto de la audiencia previa conforme a las previsiones del artículo citado... el momento de la valoración plena del material probatorio no es otro que el de dictar sentencia”, y por lo tanto no se puede pretender que se supla la iniciativa probatoria que corresponde a las partes en orden de proteger las reglas de carga de la prueba.

La misma SAP, cita varias sentencias de las Audiencias Provinciales de Guipúzcoa (Sección 2ª) de 19 de septiembre de 2008, de Málaga (Sección 5ª) de 3 de marzo de 2008 y de Madrid (Sección 11ª) de 30 de abril de 2008 para argumentar que la integración probatoria de oficio “se trata de una facultad judicial condicionada a la subjetiva constatación sobre la insuficiencia de las pruebas ya propuestas para acreditar los hechos controvertidos, con la finalidad última de convencer al órgano jurisdiccional de la bondad de la pretensión actuada, señalando la citada doctrina jurisprudencial que se trata de una apreciación subjetiva que difícilmente podrá ser objeto de control externo y a posteriori por otro órgano judicial para imponer su propio criterio, sin que pueda servir de fundamento para subsanar la inexistencia de prueba o las propuestas por las partes inadecuadamente, así como que las actuaciones no se puede retrotraer hasta la proposición de prueba para dar posibilidad a las partes para proponer la necesaria para acreditar su derecho.

En definitiva, la nueva norma introduce un mecanismo para facilitar la convicción judicial sobre los hechos controvertidos mediante la facultad de integración probatoria, pero no impone al juez un deber de controlar la suficiencia probatoria en la inicial fase de la audiencia previa, ni existe una garantía absoluta que, aun con indicación de insuficiencia probatoria, las nuevas pruebas acrediten los hechos controvertidos, todo ello sin olvidar que la normativa de la carga de la prueba del artículo 217 de la LEC , que opera al tiempo de dictar sentencia, no se halla supeditada al uso de la facultad del artículo 429”.

El tribunal desestimó el recurso de apelación formulado por la Comunidad de Propietarios de Oropesa de Mar, confirmando la resolución recurrida.

6.3. SAP Málaga (Sección 4ª) núm. 540/2013 de 23 de octubre

El Sr. Felicísimo presentó demanda de juicio ordinario contra ING DIRECT NATIONALE - NEDERLANDEN solicitando la resolución del contrato “Segurfondo Dinámico” suscrito con la entidad y subsidiariamente la nulidad de determinadas cláusulas del contrato y devolución de cantidades entregadas.

En la audiencia previa, se propusieron y admitieron dos interrogatorios testificales aportador por la parte demandante. Transcurrido un período de tiempo, la misma manifestó al Juzgado la voluntad de renunciar a la prueba testifical interesada, ya que las dos testigos que propuso trabajaban para la entidad demandada. La parte demandada se opuso a la renuncia de la prueba. En el acto del juicio, se acordó la práctica de la prueba testifical “en aras de garantizar el principio de justicia material” y a fin de esclarecer la realidad de los hechos.

El Juzgado de 1ª Instancia de Estepona desestimó íntegramente la demanda. El Sr. Felicísimo interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 4ª) alegando, de entre otros motivos: “a) infracción de normas o garantías procesales, por cuanto se ha practicado la prueba testifical de oficio por el Juez, después de haber renunciado la parte recurrente, que la propuso, a su práctica”.

Se trata de determinar jurídicamente qué límites se imponen al art. 429.1 para no vulnerar el principio dispositivo y de aportación de parte.

La sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga afirma que “El proceso civil se rige por el principio dispositivo, el cual deja en poder de las partes los actos relativos a la proposición y práctica de la prueba... El proceso civil no busca la verdad material sino la verdad que pueda encontrarse en lo actuado por las partes durante el proceso, la cual no tiene por qué coincidir con la verdad material”.

El juzgador, puede hacer uso de su facultad de indicación de insuficiencia probatoria siempre y cuando no transgreda los principios dispositivo y de rogación de parte, dejando para las partes la labor de acreditar los hechos alegados para fundamentar sus pretensiones. Por lo que no existe habilitación legal para que el juez insta en su práctica de oficio, a fin de investigar y comprobar la veracidad de los hechos.

La misma sentencia indica que “La parte es dueña de la prueba, de tal modo que puede proponer la prueba que sirva a sus intereses de parte así como renunciar a la propuesta porque deje de interesarle”. A tal efecto, aunque la prueba posteriormente admitida por el juez, la parte que la propuso no perdió su derecho a renunciar a ésta.

En adicción, la parte demandada debió adherirse a la prueba propuesta por la demandante o proponer la misma prueba en el momento procesal oportuno.

La sentencia declara nulas las declaraciones testificales y procede a decretar la nulidad de la sentencia de 1ª Instancia por causar indefensión a la demandante y se devuelven las actuaciones al Juzgado de procedencia a fin de que se dicte una nueva sentencia prescindiéndose de toda valoración de la prueba testifical.

6.4. SAP Valencia (Sección 9ª) núm. 378/2004 de 14 de junio

El ayuntamiento de Ontinyent presenta demanda de juicio ordinario contra el Sr. Ángel Jesús, en ejercicio de la acción negatoria de servidumbre.

La demanda fue desestimada íntegramente por el Juzgado de 1ª Instancia de Ontinyent núm.3. Contra la misma, se interpuso recurso de apelación por el ayuntamiento de Ontinyent alegando como único motivo del recurso la infracción del art. 429.1 de la LEC, solicitándose la nulidad de las actuaciones desde la fecha en que se celebró la audiencia previa alegando que si no quedaba acreditada la inexistencia de servidumbre continúa y aparente en la audiencia previa de la instancia, el juzgador debía haber indicado la falta de suficiencia de prueba e incluso, señalar la prueba o pruebas cuya práctica hubiese considerado pertinente

Se resuelve sobre la pretensión de nulidad de actuaciones por infracción del artículo 429.1 LEC, que establece la posibilidad de que el Tribunal señale la prueba cuya práctica considere conveniente cuando estime que las propuestas por las partes pueden resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos.

La misma SAP cita una sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 23 de julio de 2002, estableciendo que la utilización del “artículo 429.1 LEC... no puede hacerse en los términos que pretende la parte recurrente. La tesis de la apelante no sólo dejaría sin efecto, de hecho, la aplicabilidad de otro precepto del mismo Texto Legal, cual es la regla de la carga de la prueba, pues parece inferirse del recurso la tesis de que es obligación del Juzgador prever que no queden hechos sin acreditar, lo que no deja de ser ciertamente inimaginable, pues el Juez no sabe cuál va a ser el resultado de las pruebas, sino que, desde una perspectiva general, debe ser dicho

precepto aplicado con singular cuidado, pues una aplicación inmediata del mismo puede conducir a la quiebra del más elemental principio de imparcialidad judicial... indicar sin más y como pretende la parte apelante qué hechos pudieran resultar no acreditados y las pruebas necesarias para que ello no suceda, si bien pueden favorecer a una de las partes, sin duda cabe que perjudique a la otra”.

En resumen, la iniciativa probatoria del juez permite a éste manifestar a las partes una posible insuficiencia probatoria y señalar la prueba cuya práctica considere necesaria, pero siempre que éste lo crea necesario. Por lo que no se estima que el Juzgado haya incurrido en una infracción procesal al no haber señalado prueba o pruebas distintas a las propuestas por la parte demandante, sin que por tal razón sea de apreciar la concurrencia de motivo de nulidad procesal alegado”. Consiguientemente, se desestima el recurso de apelación interpuesto por el ayuntamiento de Ontinyent contra la sentencia del Juzgado de 1ª Instancia núm.3 de Ontinyent.

7. Resolución de un caso práctico

Se tomará en consideración un caso práctico⁹⁰ con preguntas propuestas, planteadas y resueltas por Abel Lluch y Picó i Junoy⁹¹. A su vez, servirá como método de prueba para analizar algunos de los interrogantes más relevantes que se plantean en éste ámbito y otros subsidiarios de los que no se ha hecho un profundo análisis en la presente investigación. La resolución de las cuestiones se realizará conforme mi opinión aunque basándome en todo momento en la doctrina establecida en el trabajo.

Dº José interpone demanda de juicio ordinario sobre resolución de contrato de arrendamiento urbano, por denegación de la prórroga forzosa por falta de ocupación de la vivienda durante más de seis meses en el curso de un año (art. 62.3º en relación 114, 11ª LAU 1964).

⁹⁰ El presente supuesto de hecho ha inspirado a Abel Lluch y Picó i Junoy tras la lectura de SEOANE SPIEGELBERG, J.L. (2002): *La prueba en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Disposiciones Generales y Presunciones*, Editorial Aranzadi, Navarra pp.32-33.

⁹¹ ABEL LLUCH y PICÓ i JUNOY, *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, cit., p. 39-141

En el escrito inicial de demanda, el actor alega, resumidamente expuesto: 1) Que es el propietario de la vivienda sita en la calle Balmes, 317, 4º-1ª, de Barcelona; 2) Que en el año 1970 suscribió un contrato de arrendamiento con Dª María sobre dicha vivienda; 3) Que durante los últimos nueve meses dicha vivienda había estado desocupada; 4) Que la desocupación de la vivienda era debida a que Dª María, que ya contaba con 78 años de edad, había pasado a residir junto con su hermano, Dº Juan, de 75 años de edad, en la localidad costera de Blanes; 5) Que había intentado solucionar y evitar el litigio pero había sido imposible ante la dificultad de localizar a la demandada.

En el suplico de la demanda se solicitaba que se declarase la resolución del contrato de arrendamiento por denegación de la prórroga forzosa y se condenase a la demandada a dejar libre, vacua y expedita la vivienda de autos, bajo apercibimiento de lanzamiento, y con imposición de las costas a la demandada.

En el escrito de contestación a la demanda, la demandada se opuso a la pretensión de resolución del contrato de arrendamiento alegando, en síntesis: 1) Que era cierto que era la arrendataria del piso de la calle Balmes, de Barcelona, desde el mes de enero de 1970; 2) Que había vivido ininterrumpidamente en dicha vivienda y aún seguía residiendo en la actualidad; 3) Que en último año había sufrido una demencia presenil, lo cual le obligaba a ingresos periódicos y reiterados en un centro hospitalario; 4) Que además era cierto que, al menos cada quince días, pasaba los fines de semana en la localidad de Blanes en compañía de su hermano.

En el suplico de la contestación a la demanda se solicitaba la desestimación de la demanda con la imposición de las costas al actor. Se adjuntaba con el escrito de contestación a la demandada un “informe de ingreso” en el Hospital de Blanes de 24 de noviembre de 2002, en el cual constaba que ese día Dª María, de 78 años de edad y paciente habitual de ese Hospital, había sido ingresada con motivo de sufrir mareos, pérdida del sentido del equilibrio y desorientación espacio-temporal, siendo dada de alta a los dos días siguientes.

En función del anterior supuesto de hecho, se han seleccionado –considerando el interés que suscitan las mismas– las siguientes cuestiones:

¿Puede el juez, en la audiencia previa, hacer uso del art. 429.1 II LEC e indicar a las partes que no existe prueba suficiente sobre la causa del desuso de la vivienda y proponer que se aporte el historial clínico del Hospital donde la demandada afirma haber sido ingresada?

Entiendo que sí es posible que el juez haga uso del art. 429.1 II LEC, indique a las partes la insuficiencia probatoria sobre la causa de desuso de la vivienda y que proponga la aportación el historial clínico donde la demandada afirma haber sido ingresada.

Considerando que las partes han hecho uso de la actividad probatoria, puesto que la labor del juez no puede ser la de suplir su falta de interés en la aportación de pruebas, es cuestión principal la preclusión de proposición y aportación de la prueba sobre documentos fundamentales establecida en el art. 269.1 LEC.

A fin de dar la correcta aplicación de los dos artículos en cuestión –art. 269.1 y art. 429.1 II y III LEC–, considero que es posible su conjugación por dos motivos. En primer lugar, el art. 269.1 LEC establece la preclusión de la aportación de documentos por las partes, sin embargo, no se hace mención a la propuesta y aportación en virtud de la iniciativa de oficio, por lo que se debe entender que no le es aplicable a éste caso. Y en segundo lugar, el momento –entre otros– que establece el art. 269.1 LEC de preclusión es en la audiencia previa, por lo que no tendría sentido la existencia de la iniciativa probatoria del juez, ya que ésta tiene lugar en la audiencia previa una vez las partes se les ha precluido el derecho a la proposición de pruebas.

La normativa del art. 429.1 II LEC, ¿concede al juez una facultad o le atribuye un deber?

Para resolver la cuestión sobre si el art. 429.1 II LEC impone al juez un deber o le concede una facultad, se debe hacer distinción entre la primera oración y la segunda del mismo artículo.

Respecto la primera oración; desde un punto de vista literal, no cabe duda que de la dicción “lo pondrá de manifiesto a las partes” se desprende un verdadero deber judicial sujeto a una valoración subjetiva. Aun siendo deseable que así fuera, desde un punto de vista práctico entiendo que debe concebirse como una facultad, puesto que el juzgador no puede asumir el deber de controlar la insuficiencia de las pruebas propuestas cuando aún no han sido practicadas ni calificadas como suficientes para acreditar los hechos controvertidos.

Respecto a la segunda oración; el tenor literal “podrá señalar también la prueba o pruebas” no deja margen de duda al concebirse de un modo condicional. En consecuencia, con el objetivo de ofrecer la tutela judicial efectiva, se permite al juzgador indicar a las partes la prueba que considere conveniente para el esclarecimiento de los hechos.

Si alguna de las partes se muestra disconforme con la indicación de insuficiencia probatoria ex art. 429.1 II LEC, ¿puede “impugnar” tal manifestación?

En principio, la manifestación de insuficiencia probatoria no se podría impugnar por cuanto no tiene carácter de resolución judicial –ni carácter vinculante para las partes– y como consecuencia, no resultaría aplicar los artículos previstos para los recursos en la LEC. Asimismo, en el art. 429.1 LEC no existe mención alguna sobre si cabría algún tipo de recurso, por lo que considero que la intención del legislador no era la de preverlo.

Sin embargo, si la parte decide seguir la indicación de insuficiencia, la resolución judicial que admitiría la prueba se estaría atendiendo a la aplicación del art. 446 LEC en el que la otra parte podría formular recurso de reposición, siempre y cuando el uso del art. 429.1 II LEC estuviese sujeto razonablemente fuera de los límites legales.

¿Existe la obligación por parte de los letrados de seguir la indicación de prueba “sugerida” por el juez?

En términos estrictos, no existe obligación por parte de los letrados de seguir la sugerencia del juez por cuanto en el art. 429.1 II LEC se establece con carácter potestativo que “las partes podrán completar o modificar” y de ésta forma, el letrado es el que decide considerar como válida y necesaria la sugerencia del juez. No obstante, en términos prácticos para la efectiva defensa del cliente, la indicación judicial podría deducirse como una “obligación”, por cuanto el juez es el que debe decidir sobre el asunto planteado.

¿Puede exigirse responsabilidad al letrado que decide no "completar o modificar" su proposición inicial de prueba, a la vista de la "sugerencia" del juez, si posteriormente se desestima la demanda por falta de prueba de los hechos indicados por el juez?

Entiendo que sí se le puede exigir la responsabilidad al letrado que decide no completar o modificar su proposición inicial de prueba a la vista de la sugerencia si posteriormente se desestima la demanda por falta de prueba de los hechos indicados por el juez.

Si bien el letrado, en la audiencia previa y después de la sugerencia del juez, puede tener la convicción que las pruebas serán suficientes para esclarecer los hechos; puede ocurrir que por su ejercicio deficiente produzca un perjuicio para la parte a la cual defiende. En éste caso de negligencia por parte del abogado, será objeto de responsabilidad de éste, tal y como se desprende del art. 42 del Estatuto General de la Abogacía Española: “Son obligaciones del abogado para con la parte por él defendida, además de las que se deriven de sus relaciones contractuales, el cumplimiento de la misión de defensa que le sea encomendada con el máximo celo y diligencia y guardando el secreto profesional”.

8. Conclusiones

I. El art. 429.1 II y III LEC no dispone de antecedentes legislativos en el sistema procesal español. Con la novedosa redacción, el legislador ha reforzado la tutela judicial en los intereses de las partes en el litigio, permitiendo al juzgador tener el conocimiento suficiente y acreditado –cuestión bastante discutible si tenemos en cuenta el momento procesal donde se hace uso de ésta– sobre los hechos controvertidos.

II. En el artículo se califica la iniciativa probatoria como un deber, aunque en la práctica cabe afirmar que su uso no deviene exigible. La facultad de iniciativa probatoria del juez debe producirse en el momento de proposición de prueba, proponiendo a las partes las pruebas que considere oportunas para esclarecer los hechos alegados con insuficiencia probatoria, siempre y cuando no utilice fuentes de prueba no obrantes en los autos. Además, el juzgador no podrá imponer la indicación de insuficiencia a las partes, por lo que la propuesta no se podrá considerar ni una resolución ni una sugerencia de carácter vinculante.

III. La conjugación del artículo con los principios inspiradores del derecho procesal civil ha sido objeto de gran discusión doctrinal. El órgano judicial no puede ejercer actividades que tengan como objetivo investigar o aportar hechos no alegados por las partes y debe limitarse a enunciar la insuficiencia probatoria de las partes.

IV. Las diligencias de mejor proveer han sido el precedente del que provienen las actuales diligencias finales extraordinarias, situadas en el art. 435.2 LEC, que han sido objeto de discusiones doctrinales –nada sorprendente– por los que afirman que no existe razón para aumentar la iniciativa probatoria de oficio y por los que afirman que se ha disminuido en exceso las facultades del juez en materia probatoria.

Si bien es cierto que no existen previsiones normativas que determinen los medios de prueba practicables en las diligencias finales, la doctrina mayoritaria parece estar de acuerdo en que sólo se podrán practicar sobre hechos insuficientemente acreditados con anterioridad.

V. La jurisprudencia mayoritaria en relación con el art. 429.1 II y III LEC se cuestiona la posible existencia de una situación de indefensión producida por el juez por no hacer uso de su facultad de indicación de insuficiencia probatoria, a la vez que la mayoría de resoluciones no la aprecian. Este hecho, es un síntoma más de la poca utilidad –en mi opinión, miedo a utilizarla, a veces para no dañar los principios sagrados de nuestro proceso civil– e ineficacia de la disposición legal.

V. La realización de este trabajo ha sido facilitada por la existencia de gran cantidad de libros y monografías que se pronuncian al respecto. Sin embargo, la búsqueda de jurisprudencia ha sido un tanto más complicada, teniendo en cuenta que existen escasas situaciones donde el juzgador ha hecho uso de ésta facultad o donde las partes han recurrido por la falta de aplicación del art. 429.1 II y III.

V. Personalmente, considero que el art. 429.1 II y III LEC pone a disposición del juzgador una facultad que de hecho, en la práctica la mayoría de jueces no están dispuestos a utilizar; bien sea por el inadecuado momento procesal en que debe hacer uso de esta facultad o bien por las características y principios inherentes del proceso civil.

A mi parecer, se presentan más útiles las diligencias finales extraordinarias, donde sin duda alguna debería imperar la tutela y seguridad judicial para dar una decisión justa a los intereses litigiosos.

*"La Justicia, para mí, se da en aquel orden social bajo cuya protección puede
progresar la búsqueda de la verdad"*

Kelsen.

9. Bibliografía

ABEL LLUCH, Xavier (2005): *Iniciativa probatoria de oficio en el proceso civil*. Editorial J.M Bosch, Barcelona.

ABEL LLUCH, Xavier (2007): *Objeto y carga de la prueba*. Editorial Bosch Editor, Barcelona.

ABEL LLUCH, Xavier. Y PICÓ JUNOY, Joan (2003): *Los poderes del juez civil en materia probatoria: seminario de estudio de la escuela judicial*. Editorial J.M Bosch, Barcelona.

BARONA VILAR, Silvia (2001): *El Proceso Civil*. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia.

CACHÓN CADENAS, Manuel (2001): *De la antigua a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil: régimen transitorio de los juicios civiles*. Editorial J.M Bosch, Barcelona.

CARNELUTTI, Francesco (2000): *La Prueba Civil*, 2º ed., EJE. Editorial Desalma, Buenos Aires. Traducción: SENTÍS, Santiago.

DAMIÁN MORENO, Juan (2002): *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Lex Nova, Valladolid.

ETXEBERRÍA GURIDI, Francisco (2003): *Las facultades judiciales en materia probatoria en la LEC*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

FERRER BELTRÁN, Jordi (2002): *Prueba y Verdad en el derecho*. Editorial Marcial Pons, Barcelona.

GARBERÍ LLOBREGAT, José. y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe (2004): *La prueba civil*. Editorial Tirant lo Blanc, Valencia.

GIMENO SENDRA, Vicente (2001): *Proceso Civil Práctico*. Editorial La Ley, Madrid.

GÓMEZ, Carlos: *El paper del jutge en el procés civil un any després de l'entrada en vigor de la Llei d'Enjudiciament Civil de 8 de gener de 2000*, conferencia pronunciada en el II·lustre Col·legi d'Advocats de Granollers el 25 de enero de 2000. Traducción de Abel Lluch. Artículo no publicado.

HOYA COROMINA, José (2000): *Comentario al art. 435 LEC*, en AAVV, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.II, Fernández Ballesteros, Rifá Soler, Valls Gombau (coords.). Editorial Atelier, Barcelona.

ILLESCAS RUS, Angel (2002): *La Prueba Pericial en la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Aranzadi, Navarra.

Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil en “Reformas del Proceso Civil” (1998), CGPJ.

MARTÍN OSTOS, José (2000): “*Comentario al art. 435 LEC*” en AAVV, “*Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*” de Lorca Navarrete, A.M (dir.). Editorial Lex Nova, Valladolid.

MONTERO AROCA, Juan (2001): *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia.

MONTERO AROCA, Juan (2002): *La prueba en el Proceso Civil*. Editorial Civitas, Madrid.

MORENILLA ALLARD, Pablo (1998): “Las diligencias finales del juicio ordinario en el Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil: observaciones críticas”, en revista *Justicia*, núm. 3-4.

MUÑOZ SABATÉ, Lluís (2001): *Fundamentos de prueba judicial civil LEC 1/2000*. Editorial J.M Bosch, Barcelona.

PICÓ JUNOY, Joan (2007): *El Juez y la prueba: iniciativa probatoria de los jueces civil y penal*. (1ª Edición). Editorial J.M Bosch Editor.

PICÓ JUNOY, Joan (2001): *Los principios del nuevo proceso civil*. Editorial Dijusa, Barcelona.

RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI, Edmundo (2000): *Juicio ordinario (arts. 399-436 LEC)*, en AAVV, *LEC XX comentada*, vol. I, Marina Martínez-Pardo y Loscertales Fuertes (coords.), Editorial Sepin, Madrid,

SENTIS MELENDO, Santiago (1947): *La prueba*. Editorial EJE, Buenos Aires.

TARUFFO, Michelle (1969): *La prueba de los hechos*. Editorial Trotta, Madrid.
Traducción: FERRER, Jordi.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, Marco (2000): *La Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t.III, Cortés Domínguez, V. y Moreno Catena, V. (coords.). Editorial Tecnos, Madrid.

10. Resoluciones judiciales analizadas

SAP CASTELLÓN (Sección 3ª) núm. 134/2011 de 18 de abril.

SAP MÁLAGA (Sección 4ª) núm. 540/2013 de 23 de octubre.

SAP MURCIA (Sección 5ª) núm. 402/2007 de 27 de diciembre.

SAP VALENCIA (Sección 9ª) núm. 378/2004 de 14 de junio.